

Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE

Citation for published version (APA):

Chamon, M. (2016). Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE. *Cahiers de Droit Européen*, 52(2), 541-574.

Document status and date:

Published: 01/01/2016

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

SOMMAIRE 2016 - N° 2

	Pages
Note de la rédaction	445
ÉDITORIAL	
L'arrangement avec le Royaume-Uni de février 2016 : analyse d'un pari perdu, par Jean-Victor Louis.....	449
DOCTRINE	
Confiance mutuelle et droits fondamentaux : «Back to the future», par Emmanuelle Bribosia et Anne Weyembergh	469
Le relevé d'office par le juge européen : le moyen tiré de la violation des droits de la défense est-il d'ordre public ?, par Thomas Martin	523
Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE, par Merijn Chamon	541
La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel : With great(er) power, (at last) comes great responsibility ?, par François-Vivien Guiot.....	575
Les EPIC : illustration d'une remise en cause de la propriété publique par le droit des aides d'État ?, par Charles Oiknine	631
JURISPRUDENCE	
Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale – Quel avenir dans l'espace juridique européen ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015, par Claus Dieter Classen	667
Chronique de jurisprudence européenne Aides d'État (2011-2015), Chapitre 1 – Les règles de fond, par Marianne Dony et Jacques Derenne.....	687
RECENSION	827
LIVRES REÇUS	831

CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN · 2016 · 2



CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN

2016 NUMÉRO 2

52^e année

D/2016/0023/183
CADE-N.16/2
ISBN : 978-2-8027-5687-3



Made
in EU



bruylant

LI
2016
2

Conditions d'abonnement pour 2016

Prix d'abonnement : 285 €

Prix du numéro : 120 €

Éditeur responsable

Marc-Olivier Lifrange, C.E.O.

Groupe Larcier sa

Espace Jacqmotte

Rue Haute 139, loft 6

1000 Bruxelles

Commandes

Larcier Distribution Services sprl

Groupe Larcier sa

Espace Jacqmotte

Rue Haute 139, loft 6

1000 Bruxelles

Tél. 0800/39 067 (+32 2 548 07 13)

Fax 0800/39 068 (+32 2 548 07 14)

abo@larciergroup.com

CAHIERS DE DROIT EUROPEEN

Trois numéros par an

Fondateurs : † L. GOFFIN, rédacteur en chef (1965-2001),

† M. TAQUET, † R.O. DALCQ

REDACTION

Rédacteur en chef

J.-V. LOUIS

Professeur émérite de l'Université de Bruxelles

S. ADAM (Luxembourg-Gand)

M. BLANQUET (Toulouse)

E. BRIBOSIA (Bruxelles)

E. COULON (Luxembourg)

M. DONY (Bruxelles)

G. GARZÓN CLARIANA (Barcelone)

J.-P. KEPPELNE (Bruxelles)

K. LENAERTS (Leuven-Luxembourg)

P. OLIVER (Bruxelles)

A.-L. SIBONY (Louvain-la-Neuve)

H.N. TAGARAS (Athènes)

S. RODRIGUES (Paris-Bruxelles)

O. SPELTDOORN (Luxembourg)

A. VAN WAEYENBERGE (Bruxelles-Paris)

D. WAELEBROECK (Bruxelles)

M. WENDEL (Berlin)

A. WEYEMBERGH (Bruxelles)

Secrétaire général

F. LOUIS

Avocat au Barreau de Bruxelles

L.L.M. in European Law

Secrétaires

A. VALLERY

Avocat au Barreau de Bruxelles
Licence spéciale en droit européen

et

O. SPELTDOORN

Référéndaire au Tribunal
de l'Union européenne

Cinquante-deuxième année

2016

N^o 2

REDACTION

Frédéric LOUIS

c/o Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr

Place du Champ de Mars, 5

1050 BRUXELLES

Fax : 32 2 285 49 49

COMITÉ SCIENTIFIQUE

MM. A. BLECKMANN (Münster), D. EDWARD (Edimbourg), C.-D. EHLERMANN (Bruxelles), F. JACOBS (Londres), Manuel LÓPEZ ESCUDERO (Granada), G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS (Madrid), P.F. RYZIGER (Paris), A. TIZZANO (Luxembourg), G. VANDERSANDEN (Bruxelles), † W. VAN GERVEN (Leuven), M. WAELEBROECK (Bruxelles), J. WEILER (Florence).

LES AGENCES DÉCENTRALISÉES ET LE DROIT PROCÉDURAL DE L'UE

PAR

Merijn CHAMON (1)

*Agences décentralisées — Traité de Lisbonne — Droit procédural —
Voies de recours — Intervention — Chambre de recours*

Bien que le Traité de Lisbonne ait modifié les articles 263, 265, 267 et 277 TFUE afin qu'ils se réfèrent aux organes et organismes de l'Union, on ne peut pas considérer que les agences décentralisées sont intégrées dans le système de protection juridictionnelle et le droit procédural de l'UE. Premièrement, le traité de Lisbonne n'a pas supprimé les différents régimes, élaborés dans le droit dérivé, de protection juridique applicable aux agences. Deuxièmement, le traité n'a pas intégré les agences dans toutes les dispositions relatives aux voies de recours (p. ex. l'action en responsabilité). Troisièmement, le traité laisse une grande flexibilité au législateur en vertu de l'article 263, cinquième alinéa, TFUE et il reste muet quant à la légitimation active des organes et organismes de l'UE. De plus, le statut de la Cour de justice de l'UE traite les agences décentralisées de manière semblable aux requérants non privilégiés pour ce qui concerne l'intervention dans les recours directs. Sur la base d'un tour d'horizon des particularités du système de contrôle juridictionnel et du droit procédural de l'UE par rapport aux agences (y compris les chambres de recours des agences), la présente contribution propose différentes suggestions pour améliorer et uniformiser ceux-ci.

Although the Treaty of Lisbon has amended Articles 263, 265, 267 and 277 TFEU so that they now also refer to the EU agencies, it cannot be said that the agencies are properly integrated in the EU's system of judicial protection or in EU procedural law. Firstly, the Treaty of Lisbon has not done away with the different regimes of legal protection established in secondary law. Secondly, the Treaty has not integrated the agencies in all relevant legal remedies (e.g. the action for damages). Thirdly the Treaty

(1) Docteur en droit. Chercheur post-doctorant au Ghent European Law Institute, Université de Gand (Centre d'excellence Jean Monnet, Professeur invité à l'Université d'Anvers). Je remercie vivement M^{me} C. Cassan et la rédaction pour la relecture linguistique et pour leurs commentaires. Les éventuelles erreurs ou omissions restent bien sûr les miennes.

left a lot of flexibility to the legislator in Article 263 (5) TFEU and is silent on the agencies' active locus standi. Further, under the Statute of the Court of Justice of the EU, the agencies are largely treated as ordinary non-privileged parties for the purpose of intervening in proceedings. The present contribution maps out the peculiarities of the EU's system of legal protection and procedural law in relation to the EU agencies (including the agencies' Boards of Appeal) and makes suggestions for improvement and rationalisation.

Introduction

Comme il a été souligné dans une contribution antérieure dans ces *Cahiers* (2), le phénomène de l'*agencification* au sein de l'Union européenne soulève plusieurs défis et risques. Un de ces défis est la nécessité d'un contrôle juridictionnel adéquat requis par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux garantissant le droit à un recours effectif. Dans l'affaire *vente à découvert* (3), la Cour de justice (la Cour) elle-même a sanctionné la possibilité de conférer des pouvoirs normatifs aux agences décentralisées sous réserve explicite d'un contrôle juridictionnel (4). En effet, à mesure que l'importance des agences dans l'administration s'accroît, et la décision de la Cour dans l'affaire *vente à découvert* n'a pas freiné ce développement, les questions du contrôle juridictionnel et de la position des agences dans le droit procédural de l'Union se poseront de plus en plus (5). C'est sous cet angle que la présente contribution se propose d'étudier la position des agences décentralisées dans le droit procédural de l'UE. Dès lors, seront commentées les solutions élaborées avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne pour combler les lacunes dans le droit procédural européen; la légitimation passive des agences; le système des chambres de recours attachées aux agences et le problème de la légitimation active des agences.

(2) M. CHAMON, «Les agences de l'Union européenne: origines, état des lieux et défis», ces *Cahiers*, 2015, pp. 293-318. Pour une discussion générale des agences et du phénomène de l'agencification au sein de l'Union européenne, le lecteur est invité à se reporter à cette contribution.

(3) Arrêt du 22 janvier 2014, *RU c. Parlement européen et Conseil*, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

(4) *Ibid.*, point 53.

(5) Pour une discussion générale du contrôle sur les agences, voy. L. GRARD, «Le contrôle des actes des agences de régulation: analyse comparée», in PERALDI LENEUF et NORMAND (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne: quelle nouvelle approche*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 137-159.

I. — Le régime contentieux applicable aux agences avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne

Cette contribution ne visant pas à présenter une étude historique, elle traitera principalement du régime contentieux actuel. Toutefois, il est utile d'esquisser à grands traits la situation avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en examinant tout d'abord le recours en annulation. Du fait du silence général des traités sur l'existence des agences, ces dernières ne figuraient pas parmi les parties défenderesses mentionnées à l'article 230 CE. Dès lors, le régime contentieux applicable aux agences était caractérisé par l'hétérogénéité et l'existence de lacunes significatives. À juste titre, Molinier, en 2001, notait qu'on pouvait classer les agences selon deux critères, à savoir la complétude du régime applicable à l'agence et l'originalité de ce régime par rapport à celui applicable aux institutions (6). Ainsi, initialement, tous les actes de base des agences prévoyaient la responsabilité non contractuelle tandis que (au début) seulement une minorité des actes de base permettait un contrôle de légalité des actes adoptés par l'agence en question. Celui-ci était réalisé selon deux modalités : soit l'acte de base conférait compétence à la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pour statuer sur des recours selon les conditions prévues par les articles 173 CEE ou 230 CE, soit l'acte de base prescrivait un recours administratif devant la Commission européenne dont la décision était susceptible d'un recours devant le juge européen (7). Puis, les actes de base des agences

(6) J. MOLINIER, «Le régime contentieux des Agences de l'Union européenne», in COUZINET (dir.), *Les Agences de l'Union européenne — Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, PUSST, Toulouse, 2002, pp. 113-129 (114).

(7) Voy. l'article 18 du règlement (CEE) 337/75 du Conseil du 10 février 1975 portant création d'un Centre européen pour le développement de la formation professionnelle, *J.O.*, 1975, L 39/1 ; l'article 22 du règlement (CEE) 1365/75 du Conseil du 26 mai 1975 concernant la création d'une Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, *J.O.*, 1975, L 139/1 ; l'article 22 du règlement (CE) 2062/94 du Conseil du 18 juillet 1994 instituant une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, *J.O.*, 1994, L 216/1 ; l'article 44 du règlement (CE) 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, *J.O.*, 1994, L 227/1 ; l'ancien article 122 du règlement (CE) 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *J.O.*, 2009, L 78/1 (supprimé par le règlement (UE) 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015, *J.O.*, 2015, L 341/21) ; l'article 28 du règlement (CE) 851/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 instituant un Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, *J.O.*, 2004, L 142/1 ; l'article 36 du règlement (CE) 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, *J.O.*, 2003, L 268/1 ; l'article 14 du règlement (CE) 1935/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 concernant

titulaires d'un pouvoir de décision complètent la première voie (le recours direct) en dotant ces agences d'une ou plusieurs chambre(s) de recours, compétente(s) pour instruire des actions introduites par des particuliers à l'encontre de l'agence concernée. Les décisions de ces chambres peuvent, à leur tour, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal (8).

Outre ces solutions, adoptées par le législateur dans le droit dérivé, la CJUE elle-même, se voyant confrontée à une lacune dans le régime contentieux, a aussi développé des techniques permettant aux parties de la saisir d'un recours formé contre une agence. En premier lieu, dans des cas assez rares comme l'affaire *Thomae* (9), le Tribunal a imputé les décisions d'une agence, à savoir l'Agence européenne des médicaments (AEM), à la Commission (10). Le Tribunal empruntait ainsi une technique pratiquée par la Cour pour déclarer recevable un recours formé contre l'autorité déléguée (en l'espèce la Commission) visant l'annulation d'une décision adoptée par une entité de droit privé, impliquée dans l'application du droit européen (11). En second lieu, et quelques mois avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Tribunal, dans l'affaire *Sogelma*, s'est appuyé sur l'arrêt *les Verts* pour juger recevable un recours à l'encontre d'une agence, à savoir l'Agence européenne pour la reconstruction (AER) (12).

Pour autant que nécessaire, il faut souligner que cette hétérogénéité n'était pas un parangon de bonne gouvernance. Le régime contentieux établi dans le droit dérivé ne reposait pas sur une logique rationnelle et, de plus, violait le droit primaire dans la mesure où la juridiction de la CJUE était élargie au-delà des dispositions des traités. Alors que la technique par laquelle la décision d'une entité de droit privé est imputée à la Commission constitue une solution élégante pour le défaut de légitimation passive de ces entités, étendre cette solution aux agences décentralisées (qui relèvent du

les matériaux et objets destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires, *J.O.*, 2004, L 338/4.

(8) Notons que seuls les requérants initiaux et non pas l'agence elle-même, peuvent contester les décisions des chambres de recours devant le Tribunal.

(9) Arrêt du 10 décembre 2002, *Thomae GmbH c. Commission*, T-123/00, ECLI:EU:T:2002:307.

(10) Voy. aussi l'ordonnance du 5 décembre 2007, *Schering-Plough c. Commission et EMEA*, T-133/03, ECLI:EU:T:2007:365.

(11) Voy. l'arrêt du 17 juillet 1959, *SNUPAT c. Haute Autorité*, 32/58 et 33/58, ECLI:EU:C:1959:18; arrêt du 19 février 1998, *DIR International Film e.a. c. Commission*, T-369/94 et T-85/95, ECLI:EU:T:1998:39.

(12) Arrêt du 8 octobre 2008, *Sogelma c. AER*, T-411/06, ECLI:EU:T:2008:419.

droit public européen) (13) risque d'obscurcir les différentes responsabilités de la Commission et des agences dans le processus décisionnel (14). De plus, une telle solution transposée aux agences soulève la difficile question d'identifier l'autorité par laquelle elles sont habilitées (15). Enfin, la transposition de la jurisprudence *les Verts* aux agences est aussi critiquable. En effet, dans *les Verts*, la Cour se voyait confrontée à une tension inhérente au droit primaire : les pouvoirs du Parlement européen s'étaient accrus, sans que le traité ait consacré sa légitimation passive. Par contre, dans l'affaire *Sogelma*, il n'y avait qu'une tension entre le droit primaire (l'article 230 CE) et le droit dérivé (la décision du législateur d'habiliter l'AER sans pour autant mettre en place des voies de droit adéquates) : les agences, contrairement au Parlement, n'étaient et ne sont pas prévues par les Traités (16).

Quoi qu'il en soit, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a fait que les voies de droits élaborées par les institutions font désormais en grande partie double emploi. Comme démontré ci-après, seuls les recours devant la Commission et les chambres de recours ont encore leur place dans le régime contentieux post-Lisbonne. Cela signifie également qu'un double régime de contrôle judiciaire (17), consacré dans le droit primaire et dans les actes de base des agences, devrait en principe être rejeté en faveur du régime unique de contrôle judiciaire inscrit dans les traités. De ce point de vue il était surprenant que le règlement établissant le Conseil de Résolution Unique (CRU) (adopté en 2014) stipule que «[l]es États membres et les institutions de l'Union, de même que toute personne physique ou morale, peuvent introduire un recours auprès de la CJUE contre les décisions du CRU, conformément à l'article 263 du [TFUE]» (18). Si l'inclusion d'une disposition analogue dans les règlements établissant les autorités

(13) À la différence des entités relevant du droit privé, la responsabilité des agences décentralisées, de façon idéale, serait intégrée dans le système de responsabilité générale de l'Union.

(14) Par conséquent, le tribunal a, à bon droit, refusé, dans l'affaire *Sogelma*, d'appliquer cette solution, même si son raisonnement pour distinguer l'AER de l'AEM était très douteux. Voy. M. CHAMON, «EU Risk Regulators and EU Procedural Law», *European Journal of Risk Regulation*, 2014, 3, pp. 324-337 (326).

(15) Sur ce sujet, voy. M. CHAMON, *op. cit.*, ces *Cahiers*, 2015, (309-310).

(16) *Ibid.*, (302).

(17) En faveur d'un tel double régime, voy. J. SAURER, «Transition to a New Regime of Judicial Review of EU Agencies», *European Journal of Risk Regulation*, 2010, 1, pp. 325-327 (327).

(18) Voy. l'article 86 (2) du règlement (UE) 806/2014 du Parlement et du Conseil établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, *J.O.*, 2014, L 225/1.

européennes de surveillance (AES) (adoptés en 2010) peut s'expliquer par le fait que les propositions instituant ces agences dataient d'avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cette explication ne convainc pas pour la disposition figurant dans le règlement établissant le CRU. En effet, cette disposition ne figurait pas dans la proposition originale de la Commission ; elle a été introduite à la demande d'un État non-membre de la zone euro (et non participant à l'union bancaire), afin de garantir son accès au juge européen. Toutefois, ce droit découle directement de l'article 263 TFUE et n'est pas affecté par la « géométrie variable », comme le Tribunal l'a aussi confirmé quelques mois plus tard : « en sa qualité d'État membre, le Royaume-Uni a qualité pour agir à l'encontre des actes de la BCE sur la base de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE [...] Partant, si, en application du Protocole n° 15 du Traité FUE, certaines dispositions du Traité FUE et des statuts ne s'appliquent pas à l'égard du Royaume-Uni, celui-ci demeure en droit d'introduire un recours aux fins de faire vérifier par le juge de l'Union que la BCE n'a pas outrepassé ses compétences » (19).

II. — Légitimation passive des agences décentralisées

Alors que le traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE) faisait référence aux agences dans le libellé de plusieurs dispositions, le Traité de Lisbonne se situe en retrait (20), en évoquant seulement (et plus génériquement) les *organes ou organismes* de l'Union, même si dans d'autres versions linguistiques des traités les *agences* figurent encore (21). Cependant, le Traité de Lisbonne a élargi la portée de plusieurs dispositions du droit primaire afin de couvrir les agences décentralisées tout comme l'aurait fait le TECE.

A. — VOIES DE RECOURS DANS LE TRAITÉ DE LISBONNE

Les voies de recours ouvertes par le Traité de Lisbonne contre l'(in)action d'une agence sont les suivantes : la plainte auprès du Médiateur (l'article 228 TFUE et l'article 43 de la Charte), le recours en annulation (l'article 263 TFUE), le recours en carence (l'article 265 TFUE), le renvoi préjudiciel (l'article 267 TFUE) et l'exception d'illégalité (l'article 277 TFUE).

(19) Arrêt du 4 mars 2015, *RU c. BCE*, T-496/11, ECLI:EU:T:2015:133, points 73 et 75.

(20) L. CLÉMENT-WILZ, « Le contrôle des agences de l'union européenne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 127-141 (135).

(21) M. CHAMON, *op. cit.*, ces *Cahiers*, 2015, (311).

Par rapport à la situation avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, seules les ouvertures du recours en carence, du renvoi préjudiciel et de l'exception d'illégalité sont vraiment novatrices. Toutefois, cela ne signifie pas que pour le reste la réforme apportée par le Traité de Lisbonne ne soit pas la bienvenue. Pour des raisons évidentes, il est préférable que le régime contentieux applicable aux agences soit réglé de manière explicite dans le droit primaire.

1. — *Le recours en carence*

Après l'affaire *Sogelma* des doutes demeuraient encore concernant la légitimation passive des agences en matière de carence. Par exemple, pour combler la lacune de l'article 232 CE, D. Waelbroeck et M. Waelbroeck notaient que le comportement des agences pourrait être imputé à l'auteur de la délégation originale qui, à leur avis, était le Conseil (22). Or, cette solution présente les mêmes déficiences que celles déjà soulignées par rapport à l'imputation d'un acte d'une agence à la Commission dans le cadre du recours en annulation.

Notons, pour une solution analogue à celle de l'affaire *Sogelma*, que le Tribunal opérait aussi une distinction importante entre la légitimation passive du Médiateur et celle des agences. En ce qui concerne le recours en carence, le Tribunal, dans l'affaire *Cantine Sociali Venete*, avait jugé que «le médiateur n'est pas une institution communautaire au sens de l'article 175 du traité, de sorte que le recours, pour autant qu'il vise la carence du médiateur, doit être déclaré irrecevable» (23). Le Tribunal s'appuyait ensuite sur cette jurisprudence pour confirmer, dans l'affaire *Srinivisan*, que «le Médiateur n'est pas une institution communautaire au sens de l'article 7 CE, et ne figure pas parmi les institutions ou organes dont les actes sont visés à l'article 230, alinéa 1^{er}, CE. Selon la jurisprudence, il ne dispose dès lors pas de la légitimation passive» (24). Même s'il s'agissait d'une autre chambre du Tribunal, cette décision était remarquable compte tenu de l'application dans l'affaire *Sogelma*, jugée quelques jours avant, de la jurisprudence *les Verts*. L'affaire

(22) D. Waelbroeck et M. Waelbroeck, «Article 175», in Louis *et al.*, *La Cour de Justice. Les actes des Institutions*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993, pp. 177-192 (182).

(23) Ordonnance du 22 mai 2000, *Associazione delle Cantine Sociali Venete c. Médiateur et Parlement*, T-103/99, ECLI:EU:T:2000:135, point 46. Confirmée par ordonnance du 5 septembre 2006, *O'Loughlin c. Médiateur et Irlande*, T-144/06, ECLI:EU:T:2006:237, point 15.

(24) Ordonnance du 3 novembre 2008, *Srinivisan c. Médiateur*, T-196/08, ECLI:EU:T:2008:470, point 13.

Srinivisan soulevait la question pertinente de savoir si la distinction entre le Médiateur et les agences concernant l'article 230 CE devait être transposée à l'article 232 CE, avec pour conséquence la recevabilité d'un recours en carence formé contre une agence. Ceci n'était toutefois pas acquis eu égard à la spécificité de ce recours. Comme le souligne S. Van Raepenbusch, ce recours vise la constatation par la CJUE de l'illégalité d'une abstention d'agir et non pas l'illégalité d'une abstention d'adopter des actes contraignants (25). De ce point de vue, les agences et le Médiateur se ressemblent beaucoup plus : les cadres juridiques applicables aux agences et au Médiateur imposent plusieurs obligations procédurales aux organismes concernés. Il en résulte qu'une partie requérante pourrait avoir des raisons d'introduire un recours contre l'inaction soit d'une agence, soit du Médiateur. Dès lors, il était loin d'être évident que l'approche différenciée entre les agences et le Médiateur pour ce qui concerne le recours en annulation puisse être étendue au recours en carence.

L'article 265 TFUE a comblé la lacune de l'article 232 CE en permettant la contestation d'une inaction d'une agence aux mêmes conditions que celles applicables aux recours en carence formés contre les institutions. Néanmoins, le nombre de recours en carence formés contre les agences reste faible. Cela s'explique par le fait qu'en principe les requérants non privilégiés sont empêchés d'agir contre l'omission des actes non contraignants. Or, les agences décentralisées, en raison de leur position constitutionnelle incertaine, se sont vues attribuer surtout des pouvoirs «mous»; ainsi, une partie importante des actes adoptés par les agences relève de la *soft law* (26) : les agences décentralisées interviennent rarement comme autorité finale, mais sont surtout associées aux procédures composées (27), qui réunissent des autorités nationales et européennes (agences, Commission). Afin qu'une telle procédure puisse aboutir à une décision finale, les différents acteurs doivent jouer leur rôle (par exemple en émettant un avis). Il en résulte qu'une agence pourrait paralyser une procédure (administrative) en n'adoptant pas un avis dont la Commission (ou

(25) S. VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 61.

(26) Voy. J. ALBERTI, «L'utilisation d'actes de *soft law* par les agences de l'Union européenne», *RUE*, 2014, 576, pp. 161-169 (162).

(27) E. CHITI, «Les agences, l'administration indirecte et la coadministration», in AUBY et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 267-281 (361). Voy. aussi l'article I-4 (4) du Code ReNEUAL des procédures administratives de l'Union européenne (à consulter sur <http://www.reneual.eu>) qui définit la procédure composée dans les termes suivants (traduction libre) : «une procédure administrative dans laquelle les autorités européennes et les autorités d'un ou plusieurs États membres remplissent des fonctions interdépendantes».

une autre autorité) a besoin pour adopter un acte contraignant (28). Cela dit, il faut noter que la jurisprudence reconnaît, à titre exceptionnel, la possibilité de contester l'omission d'adopter un acte non obligatoire (29). Une élaboration et une consolidation de cette jurisprudence pourraient voir le nombre des recours formés contre les agences augmenter. Dans le cas de figure d'une inaction de la part d'une agence dans une procédure composée, l'introduction d'un recours en carence contre l'agence semble plus appropriée qu'un recours en carence dirigé contre le « refus » de la Commission d'adopter la décision finale. À juste titre alors, dans l'affaire *Szomborg*, le Tribunal a ouvert la perspective de la justiciabilité des actes préparatoires (non contraignants): « l'abstention d'adopter une mesure intermédiaire ne peut faire l'objet d'un recours qu'à titre exceptionnel, dans l'hypothèse où la mesure en cause est un acte préparatoire, qui constitue le préalable nécessaire au déroulement d'une procédure devant déboucher sur un acte définitif et juridiquement contraignant » (30).

Il en résulte que l'omission d'une agence d'adopter un avis pourrait faire l'objet d'un recours en carence, en dépit du libellé de l'article 265 TFUE, pour autant que cet avis soit le préalable nécessaire à l'adoption d'un acte contraignant. Cependant, une grande partie des actes de *soft law* adoptés par les agences ne relèvent pas de procédures administratives composées aboutissant à des décisions contraignantes. Partant, ces actes continueront à ne pouvoir faire l'objet d'un recours en carence.

(28) À titre d'exemple, dans la procédure pour l'autorisation des allégations nutritionnelles, l'autorité européenne de sécurité alimentaire doit rendre un avis avant que la Commission ne puisse adopter une décision (moyennant une procédure de comitologie). Voy. l'article 16 du règlement 1825/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires, *J.O.*, 2006, L 404/9. Dans des autres cas, l'inaction d'une agence ne paralyse pas la suite de la procédure, voy. p. ex. la procédure pour établir des codes de réseau pour le marché intérieur de l'électricité. Le règlement stipule que la Commission doit demander à l'ACER de lui soumettre un avis dans un délai de maximum 6 mois. Si l'agence s'abstient de présenter cet avis, la procédure peut toujours se poursuivre vu que la Commission est ensuite autorisée à adopter l'avis elle-même. Voy. l'article 6 du règlement (CE) 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, *J.O.*, 2009, L 211/15.

(29) S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 131 et s.

(30) Ordonnance du 24 novembre 2009, *Szomborg c. Commission*, T-228/08, ECLI:EU:T:2009:463, point 19. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Liberal Democrats c. Parlement*, C-41/92, ECLI:EU:C:1993:113.

2. — La responsabilité extracontractuelle

Le Traité de Lisbonne a empêché plusieurs problèmes de se présenter en ajoutant aux auteurs des actes (ou omissions) attaquables, les organes et organismes de l'Union. Néanmoins, le grand absent parmi les dispositions du traité susmentionnées est l'article 340 TFUE qui régit la responsabilité de l'Union. L'article distingue entre la responsabilité de l'Union et celle de la Banque centrale européenne (BCE), mais reste muet en ce qui concerne la responsabilité des agences décentralisées (ou des organes et organismes de l'Union). M. Wathelet et J. Wildemeersch invoquent les affaires *SGEEM et Etroy c. BEI* (31) et *Lamberts c. Médiateur* (32) pour expliquer cette omission (33), mais cette jurisprudence semble difficile à transposer au cas des agences. Il convient de rappeler, en effet, qu'il y a deux exigences nécessaires qui découlent de cette jurisprudence pour qu'un organe de l'Union non mentionné à l'article 13 TUE puisse engager la responsabilité de l'Union : (i) l'UE a agi par l'intermédiaire de cet organe qui a été établi par les traités et autorisé par ceux-ci à agir en son nom et pour son compte et (ii) une négation de la responsabilité de l'Union pour les actes (ou omissions) de l'organe en question serait contraire à l'intention des auteurs des traités (34). Or, contrairement à la Banque européenne d'investissement et au Médiateur, les agences décentralisées ne sont pas établies par les traités (35). De plus, étant donné que l'existence des agences n'était pas inconnue des auteurs des traités, on pourrait présumer qu'ils ont sciemment fait le choix de ne pas les inclure dans l'article 340 TFUE.

De nouveau, on pourrait se laisser inspirer par la jurisprudence de la Cour relative au comportement des entités de droit privé. Dans l'affaire *Worms* par exemple, la Cour a affirmé que les agissements de caractère public de telles entités pouvaient engager la responsabilité de l'Union (36). À juste titre on pourrait transposer cette jurisprudence aux agences, éludant en même temps les problèmes que pose une interprétation large de l'article 340

(31) Arrêt du 2 décembre 1992, *SGEEM et Etroy c. BEI*, C-370/89, ECLI:EU:C:1992:482.

(32) Ordonnance du 22 février 2001, *Lamberts c. Médiateur*, T-209/00, ECLI:EU:T:2002:94.

(33) M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 262.

(34) Arrêt du 2 décembre 1992, *SGEEM et Etroy c. EIB*, C-370/89, ECLI:EU:C:1992:482, point 15 ; ordonnance du 22 février 2001, *Lamberts c. Médiateur*, T-209/00, ECLI:EU:T:2002:94, point 49.

(35) À l'exception de trois (quatre) agences : Europol, Eurojust et l'agence européenne de défense (et à l'avenir peut-être aussi le parquet européen). Voy. les articles 45 TUE, 85 TFUE et 88 TFUE.

(36) Arrêt du 12 juillet 1962, *Worms c. Haute Autorité*, 18/60, ECLI:EU:C:1962:26.

TFUE comme proposée par M. Wathelet et J. Wildemeersch. En transposant *Worms* aux agences décentralisées, on évite la difficile question de savoir quelle est la position constitutionnelle des agences (contrairement à l'application de cette technique dans l'affaire *Thomae*, voy. *supra*), car, en tout état de cause, les agences sont habilitées par les institutions de l'Union qui les chargent de tâches relatives à la mise en œuvre des politiques de l'UE. Parce qu'elles engageraient la responsabilité de l'Union (et non pas celle de la Commission ou du Conseil), (37) cette solution n'obscurcirait pas non plus la responsabilité (politique) de l'agence, de la Commission et du législateur. Pourtant, comme il a été souligné ci-dessus, le législateur européen a opté pour une autre solution en reproduisant le libellé de l'article 340 TFUE dans les actes de base établissant les agences.

Cette solution, combinée à la personnalité juridique propre des agences, a pour conséquence que le paiement d'éventuels dommages-intérêts par suite d'une condamnation à indemnisation est effectué sur les fonds propres de l'agence concernée et non sur le budget de l'UE. Dans cette perspective, les agences de l'UE ne diffèrent pas trop de la BCE, qui elle aussi jouit d'une personnalité juridique propre et distincte de celle de l'UE. C'est aussi pourquoi l'article 46 du statut de la CJUE stipule explicitement que les règles générales régissant les actions contre l'UE en matière de responsabilité non contractuelle s'appliquent aussi aux actions contre la BCE. Constat très intéressant, l'article 46 reste muet quant aux agences décentralisées (ou aux organes et organismes) bien qu'elles se trouvent dans une situation presque identique.

Bien qu'une disposition sur la responsabilité de l'agence ait été inscrite dans les actes de base de toutes les agences de l'ancien premier pilier (voy. *supra*), ce n'était pas le cas pour les agences des autres anciens piliers. À cause du manque d'un cadre juridique pour les agences, ces entités restent des cas spécifiques jusqu'à aujourd'hui. Notons que les actes de base des trois agences de la PESC ne tranchent même pas la question de la responsabilité non contractuelle (38), et que les actes de base des agences de l'extroisième pilier sont très disparates. Ainsi, la décision CEPOL ne prévoit

(37) Notons que même si c'est toujours la responsabilité de l'Union qui est en cause et non celle des institutions, l'action en indemnité doit être intentée contre l'Union, représentée par l'institution à laquelle la faute est imputable.

(38) Ces actes règlent seulement la responsabilité contractuelle, voy. l'article 29 de la décision (PESC) 2015/1835 du Conseil du 12 octobre 2015 définissant le statut, le siège et les modalités de fonctionnement de l'Agence européenne de défense, *J.O.*, 2015, L 266/55 ; l'article 14 de la décision (PESC) 2014/75 du Conseil du 10 février 2014 relative à l'Institut d'études de sécurité de l'Union européenne, *J.O.*, 2014, L 41/13 ; l'article 14

pas la responsabilité non contractuelle de l'agence, tandis que les décisions Europol et Eurojust désignent les juridictions nationales, au lieu de la CJUE, comme juridictions compétentes pour se prononcer sur la responsabilité non contractuelle de ces deux agences (39). Il va de soi que cette spécificité n'a plus sa place et qu'elle est même devenue une anomalie, du moins en ce qui concerne les agences qui opèrent hors la PESC, sous le droit primaire tel que modifié par le Traité de Lisbonne.

3. — *Le recours en annulation*

L'article 263 TFUE stipule désormais que la CJUE «contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers». Ainsi, une partie requérante n'a plus besoin des éventuelles dispositions équivalentes dans les actes établissant des agences pour former un recours en annulation. De plus, l'article 263 TFUE laisse aussi intactes les dispositions de droit dérivé dans la mesure où elles sont en conformité avec le droit primaire. Par conséquent, les dispositions ouvrant un recours (administratif) devant la Commission restent applicables, même si on peut douter qu'un contrôle de légalité exercé par la Commission soit cohérent avec l'indépendance dont devraient jouir les agences (40). Cette question se pose de manière plus aiguë maintenant que le recours devant la Commission n'est plus nécessaire pour combler la lacune de l'article 230 CE. Ne vaut-il pas mieux le supprimer ? Cela soulève à son tour la question, plus fondamentale, de la position des agences dans l'administration européenne et de leur relation avec la Commission. Si l'UE, pour elle-même (41), adopte le modèle américain des *independent agencies* un tel contrôle ne semble plus approprié. Si, par contre, l'UE évolue vers

de la décision (PESC) 2014/401 du Conseil du 26 juin 2014 relative au Centre satellitaire de l'Union européenne, *J.O.*, 2014, L 188/73.

(39) Voy. l'article 53 de la décision (JAI) 2009/371 du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police, *J.O.*, 2009, L 121/37 ; l'article 27^{quater} de la décision (JAI) 2002/187 du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *J.O.*, 2002, L 63/1.

(40) K. Lenaerts et D. Fischer-Appelt soulignent que le contrôle de la Commission est de nature purement juridique et dès lors ne pose pas de problèmes. Voy. D. FISCHER-APPELT, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft: eine Studie zu Rechtsproblemen, Legitimation und Kontrolle europäischer Agenturen mit interdisziplinären und rechtsvergleichen-den Bezügen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 311 ; K. LENAERTS, «Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community», *European Law Review*, 1993, 1, pp. 23-49 (45).

(41) IL convient de remarquer que l'UE impose déjà ce modèle à ses États membres, voy. M. CHAMON, «The Influence of 'Regulatory Agencies' on Pluralism in European Administrative Law», *Review of European Administrative Law*, 2012, 2, pp. 61-91 (69).

un exécutif unitaire dirigé par la Commission, ce recours pourrait constituer un instrument de tutelle hiérarchique. Quoi qu'il en soit, le nombre d'actes de base instituant un tel recours est limité et la procédure n'est guère utilisée (42).

La modification de l'article 263 TFUE avait été proposée à l'origine par la Convention sur l'avenir de l'Europe, plus particulièrement par les membres du Cercle de discussion sur la Cour de Justice (43); et elle visait depuis le début à combler la lacune de l'article 230 CE. Tout comme la modification de l'article 265 TFUE, celle de l'article 263, premier alinéa, TFUE a achevé ce but dans le sens que le recours en annulation formé contre une agence est soumis aux mêmes conditions qu'un recours en annulation contre la Commission, le Conseil ou le Parlement. Toutefois, il convient de formuler certaines réserves importantes à l'égard de cette conclusion générale. Premièrement, en raison de leur statut constitutionnel incertain, le législateur européen a principalement conféré des pouvoirs «mous» aux agences (44). Comme le souligne J. Gundel, les actes non contraignants des institutions ne sont pas non plus susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation (45), mais les agences décentralisées s'appuient beaucoup plus sur les actes de *soft law* (46). Deuxièmement, il y a l'article 263, cinquième alinéa, TFUE qui ajoute: «Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard». Cette disposition vise à assurer le système des chambres de recours

(42) M. CHAMON, *op. cit.*, *European Journal of Risk Regulation*, (326).

(43) Président du Cercle de discussion sur la Cour de justice, Rapport final du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice, Bruxelles, 25 mars 2003, CONV 636/03, para. 26.

(44) M. CHAMON, *op. cit.*, *RUE*, (155).

(45) J. GUNDEL, «Der Rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen — endlich geklärt?», *Europarecht*, 2009, 3, pp. 383-392 (391).

(46) Le manque de justiciabilité des actes non contraignants est partiellement mitigé par la possibilité de contrôler la légalité externe des avis (techniques ou scientifiques) adoptés dans une procédure composée (*cf. supra*), suite à un recours en annulation formé contre la décision finale. Il reste cependant qu'un recours formé contre l'avis lui-même sera toujours irrecevable. Voy. arrêt du 18 décembre 2003, *Olivieri c. Commission et EMEA*, T-326/99, ECLI:EU:T:2003:351, points 51-55; arrêt du 26 novembre 2002, *Artegodan e.a. c. Commission*, T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, ECLI:EU:T:2002:283, point 197. Cette jurisprudence pourrait connaître des développements par une affaire actuellement en cours devant le Tribunal, impliquant un avis de l'Autorité européenne de sécurité des aliments, voy. le recours introduit le 14 août 2013, *Syngenta Crop Protection e.a. c. Commission*, T-451/13.

internes et à prévenir que la juridiction de ces chambres soit contournée par des requérants non privilégiés. Il y a lieu de remarquer que le secrétariat de la Convention sur l'avenir de l'Europe affirmait, dans un document de travail, qu'en l'absence d'une telle disposition, le législateur européen ne serait pas empêché «de prévoir, au cas par cas, des modalités spécifiques [...]» et que c'était seulement «s'il [était] jugé opportun dans l'intérêt de la clarté juridique, [que l'] on pourrait également ajouter une formule explicite dans l'article 230 TCE visant à clarifier que le législateur peut fixer des modalités particulières pour les recours formés contre les agences». Cette affirmation est douteuse étant donné qu'en principe le législateur ordinaire ne peut pas modifier les voies de recours consacrées dans le droit primaire de l'UE. C'est donc à juste titre que la possibilité pour le législateur de modifier les conditions et modalités applicables au recours en annulation est explicitement consacrée à l'article 263 TFUE.

Toutefois, cela ne veut pas dire que le libellé de l'article 263, cinquième alinéa, TFUE ne pose pas problème. Notons que cette disposition ouvre une faculté au législateur qui est formulée d'une manière particulièrement vague et générale. En effet, on peut se demander quelles sont les «conditions et modalités particulières» que le législateur pourrait être empêché d'adopter en vertu de cette disposition. La seule limite à sa marge d'appréciation semble être l'article 47 de la Charte : les conditions et les modalités élaborées par le législateur ne devraient pas porter atteinte au droit à un recours effectif devant la CJUE. Même si une Conférence intergouvernementale ne serait pas un forum approprié pour harmoniser le système des chambres de recours, il faut souligner que la solution adoptée à l'article 263, cinquième alinéa, TFUE évitait de manière subtile le problème de l'hétérogénéité, dans les actes de base des agences, en cette matière. En effet, la pratique institutionnelle post-Lisbonne n'a fait qu'accentuer ces divergences (voy. *infra*). De plus, eu égard à la formulation large du cinquième alinéa, on peut se demander s'il couvre non seulement le système des chambres de recours mais aussi le recours administratif devant la Commission européenne. Un particulier devrait-il aussi épuiser ce recours administratif avant de pouvoir se diriger vers le juge européen ? Cela dépend de la manière dont les dispositions pertinentes de droit dérivé sont rédigées. En l'espèce, elles sont toutes formulées d'une manière facultative et ne dirigent pas de manière impérative les particuliers vers la Commission.

B. — LES CHAMBRES DE RECOURS INTERNES DES AGENCES

1. — *Principales caractéristiques des chambres de recours*

Toutes les agences *décisionnelles* sont dotées d'une (ou plusieurs) chambre(s) de recours interne(s) (47). À l'avenir, suite au quatrième paquet ferroviaire (48), l'Agence ferroviaire européenne (ERA) se verra aussi dotée d'une chambre de recours (49). La chambre de recours a une double fonction. D'une part, elle joue le rôle d'un filtre, abaissant le nombre d'affaires portées devant le Tribunal (50), et d'autre part, elle fonctionne comme un organe d'examen spécialisé (dans la matière sur laquelle intervient l'agence).

Les chambres de recours des agences ne sont pas des autorités judiciaires *stricto sensu*, mais plutôt des organes administratifs de révision (51), de caractère quasi judiciaire (52). En effet, eu égard à leur autonomie vis-à-vis des agences auxquelles elles sont affiliées, il serait erroné de les qualifier d'organes purement administratifs (53). Cependant, le Tribunal a aussi

(47) Actuellement, il s'agit de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER), l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA), l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA), l'Autorité bancaire européenne (ABE), l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP), l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), le Conseil de résolution unique (CRU), l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV) et l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (OUEPI). Pour une autre discussion récente du système des chambres de recours, voy. P. CHIRULLI et L. DE LUCIA, «Specialised adjudication in EU administrative law: the Boards of Appeal of EU agencies», *European Law Review*, 2015, 6, pp. 832-857. Il est à noter que la commission administrative de surveillance créée par l'article 24 du règlement 1024/2013 (sur le mécanisme de surveillance unique dans l'union bancaire), n'est pas visée ici, même si elle ressemble beaucoup aux chambres de recours tant que dans sa fonction que dans son organisation, puisqu'elle est adjointe au conseil de surveillance (un organe interne de la BCE) qui n'est pas une agence décentralisée de l'Union.

(48) Voy. la proposition de règlement du Parlement et de Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) 881/2004, COM (2013) 27 final.

(49) Pour une discussion de ce cas spécifique, voy. M. CHAMON, «The European Railway Agency under the fourth railway package: a political and legal perspective», in RAPOPORT (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen: Quelle(s) réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 167-188.

(50) Notons qu'en 2014 les chambres de recours de l'OUEPI ont été saisies de 3.284 recours et que 289 de leurs décisions ont été contestées devant le Tribunal. Voy. OHMI, *Rapport Annuel 2014*, p. 20.

(51) R. BARENTS, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 45.

(52) D. FISCHER-APPELT, *op. cit.*, p. 314.

(53) M. NAVIN-JONES, «A Legal Review of EU Boards of Appeal in Particular the European Chemicals Agency Board of Appeal», *European Public Law*, 2015, 1, pp. 143-168 (145).

affirmé qu'il existe une *continuité fonctionnelle* entre l'agence (plus particulièrement ses services compétents) et la chambre de recours (54). Par suite, cette dernière ne saurait être qualifiée d'organe judiciaire (55).

Bien qu'une autonomie caractérise toutes les chambres de recours, les modalités de leur fonctionnement varient beaucoup. Ainsi, toutes les chambres de recours sont établies par les actes de base des agences elles-mêmes. Cependant, depuis l'établissement de l'ACER, il n'existe plus d'unité de dénomination (en français) : l'ACER et les autorités financières (les AES) ont été dotés d'une *commission de recours* et le CRU d'un *comité d'appel*. Les actes de base peuvent habiliter la Commission à adopter des mesures organisationnelles plus spécifiques (56), mais les chambres de recours des agences plus récentes sont elles-mêmes compétentes pour adopter leurs règlements de procédure (57). Normalement, les chambres

(54) Voy. arrêt du 8 juillet 1999, *Procter & Gamble c. OHMI*, T-163/98, ECLI:EU:T:1999:145, point 38. Voy. aussi les conclusions de l'avocate générale Sharpston dans l'affaire *OHMI c. Kaul*, C-29/05 P, ECLI:EU:C:2006:671, point 29. Récemment le Tribunal a aussi confirmé qu'il existe une continuité fonctionnelle entre l'AESA et sa chambre de recours. Voy. arrêt du 11 décembre 2014, *Heli-Flight c. AESA*, T-102/13, ECLI:EU:T:2014:1064, point 27.

(55) Néanmoins, Molinier souligne, pour ce qui concerne l'OUEPI et l'OCVV, que les chambres de recours présentent toutes les caractéristiques d'une «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE. Voy. J. MOLINIER, *op. cit.*, (118-119). Vu que l'annulation de la nomination des membres des chambres de recours des autres agences est soumise à des garanties moins élevées (*cf. infra*), il est douteux que ces chambres de recours remplissent les conditions pour être qualifiées de juridiction au sens de l'article 267 TFUE. Voy. notamment l'arrêt du 31 mai 2005, *Syfait*, C-53/03, ECLI:EU:C:2005:333, points 29-31.

(56) Voy. l'article 114 (1) du règlement OCVV, les articles 89 (4) et 93 (4) du règlement (CE) 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH) et instituant une agence européenne des produits chimiques, *J.O.*, 2006, L 396/1 ; l'article 41 (5) du règlement (CE) 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, *J.O.*, 2008, L 79/1 et l'article 65*bis* du règlement OUEPI (voy. l'article 162 (3) du règlement OHMI avant les modifications apportées par le règlement 2015/2424).

(57) Voy. les articles 60 (6) des règlements instituant les autorités européennes de surveillance (AES) : règlement (UE) 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), *J.O.*, 2010, L 331/12 ; règlement (UE) 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), *J.O.*, 2010, L 331/48 ; règlement (UE) 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), *J.O.*, 2010, L 331/84 ; l'article 19 (6) du règlement (CE) 713/2009 du Parle-

de recours sont dotées d'un greffe (58), ce qui par ailleurs semble une condition évidente pour leur autonomie, mais la commission commune de recours des autorités financières n'est assistée que par le comité mixte des autorités (59). Par ailleurs, la commission commune de recours est un cas spécifique, vu qu'elle est une instance partagée par les trois AES.

Par sa composition, la chambre de recours réunit tant une expertise juridique qu'une expertise technique. En ce qui concerne la nomination des membres, la règle générale prescrit qu'ils sont désignés par le conseil d'administration de l'agence, sur proposition de la Commission (60). Néanmoins, les membres du comité d'appel du CRU sont désignés sans l'intervention de la Commission et, en conséquence du caractère «partagé» de la commission commune de recours, chaque autorité financière ne désigne qu'un tiers de ses membres. Enfin, les actes de base de l'OUEPI et de l'OCVV opèrent une distinction entre la désignation des présidents des chambres et celle des membres ordinaires (61). Les mandats des membres sont toujours de cinq ans et renouvelables. Toutefois, les actes de base de l'ECHA, des autorités financières et du CRU précisent que les mandats ne sont renouvelables qu'une fois. Pour la plupart des chambres de recours, le nombre de membres est fixé à trois, mais les commissions de recours

ment européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, *J.O.*, 2009, L 211/1; l'article 85 (10) du règlement CRU.

(58) Voy. l'article 5 du règlement (CE) 216/96 de la Commission, du 5 février 1996, portant règlement de procédure des chambres de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, *J.O.*, 1996, L 28/11; l'article 5 du règlement (CE) 771/2008 de la Commission du 1^{er} août 2008 établissant les règles d'organisation et de procédure de la chambre de recours de l'Agence européenne des produits chimiques, *J.O.*, 2008, L 206/5; l'article 12 (1) du règlement (CE) 874/2009 de la Commission du 17 septembre 2009 établissant les modalités d'application du règlement (CE) 2100/94 du Conseil en ce qui concerne la procédure devant l'Office communautaire des variétés, *J.O.*, 2009, L 251/3; l'article 5 (1) du règlement (CE) 104/2004 de la Commission du 22 janvier 2004 fixant les règles relatives à l'organisation et à la composition de la chambre de recours de l'Agence européenne de la sécurité aérienne, *J.O.*, 2004, L 16/20; l'article 7 de la Decision BoA 1-2011 laying down the rules of organisation and procedure of the Board of Appeal of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

(59) Voy. les articles 58 (8) des règlements AES.

(60) La dépendance des membres vis-à-vis des conseils d'administration a été critiquée par T. David comme étant irréconciliable avec leur nécessaire indépendance. Voy. T. DAVID, «European Chemical Agency Board of Appeal decisions in Honeywell and Dow Chemicals», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, 4, pp. 609-622 (612). Toutefois, il faut souligner que ce ne sont jamais les décisions des conseils d'administration qui sont contestées devant les chambres de recours.

(61) Voy. l'article 136 (1 & 5) du règlement OUEPI et l'article 47 (1-2) du règlement OCVV.

de l'ACER et des autorités financières sont composées de six membres et le comité d'appel du CRU de cinq. Les actes de base des agences fixent l'indépendance des membres (62), et leur interdisent d'exercer quelque autre fonction au sein de l'agence (63). Toutefois, les règles sur les conflits d'intérêts et sur la transparence sont beaucoup plus détaillées dans les actes de base des agences récentes. De plus, les procédures de démission varient de manière fondamentale. Les membres des chambres de recours de l'OUEPI et de l'OCVV ne peuvent être radiés, sauf par la Cour elle-même, et ce pour motifs graves. Pour les membres de la chambre de l'OCVV, la décision est prise sur la demande de la Commission après l'avis du conseil d'administration (64). Pour les membres des chambres de recours de l'OUEPI, la procédure n'inclut pas la Commission et la décision est prise sur demande du conseil d'administration agissant sur proposition du président de chambre (65). Il ne peut être mis fin au mandat des membres des autres chambres (pour motif grave mais sans l'intervention de la Cour) que par la Commission sur avis du conseil d'administration (66). Cependant, la procédure de radiation des membres des commissions de recours de l'ACER et des AES ne prévoit pas non plus de rôle pour la Commission. Pour ces membres, c'est le conseil d'administration qui prend la décision, sur avis du conseil des régulateurs (ACER) ou du conseil des autorités de surveillance nationales (AES) (67). L'instauration du CRU a complété cette hétérogénéité en ne prévoyant même pas de procédure de démission pour les membres du comité d'appel.

2. — *Procédure devant les chambres de recours*

La juridiction des chambres de recours est définie *ratione materiae*: les actes de base identifient les actes attaquables en énumérant (exhaustivement) leurs bases juridiques (68). Ainsi, l'article 44 (1) du règlement AESA

(62) Voy. l'article 136 (7) du règlement OUEPI; l'article 47 (3) du règlement OCVV; l'article 90 (2) du règlement ECHA; l'article 42 (2) du règlement AESA; l'article 18 (7) du règlement ACER; l'article 59 (1) des règlements AES et l'article 85 (5) du règlement CRU.

(63) Voy. l'article 136 (9) du règlement OUEPI; l'article 47 (4) du règlement OCVV; l'article 90 (3) du règlement ECHA; l'article 42 (3) du règlement AESA; l'article 18 (3) du règlement ACER; l'article 59 (1) des règlements AES et l'article 85 (2) du règlement CRU.

(64) Voy. l'article 47 (5) du règlement OCVV.

(65) Voy. l'article 136 (6) du règlement OUEPI.

(66) Voy. l'article 90 (4) du règlement ECHA; l'article 42 (4) du règlement AESA.

(67) Voy. l'article 18 (3) du règlement ACER; l'article 58 (5) des règlements AES.

(68) Une telle définition de la juridiction peut s'avérer problématique comme le montre l'affaire *SV Capital c. ABE* dans laquelle le Tribunal a affirmé que la commission de recours n'était pas compétente pour statuer sur le recours formé par SV Capital parce

prescrit: «Les décisions de l'Agence prises en application des articles 20, 21, 22, 22bis, 22ter, 23, 55 ou 64 sont susceptibles de recours [devant la chambre de recours]». Seule la juridiction des chambres de recours de l'OUEPI est définie *ratione personae*, puisque le règlement OUEPI identifie *les instances* de l'OUEPI dont les actes sont susceptibles d'un recours devant les chambres de recours.

Les parties habilitées à former des recours devant les chambres de recours sont définies de manière analogue à ce que prescrit l'article 263 TFUE (69). Quant aux limites de temps, les recours devant les chambres de recours de l'OUEPI et de l'OCVV doivent être formés dans un délai de deux mois, suivi par le mémoire exposant les moyens dans un second délai de deux mois (quatre mois au total). Pour la plupart des autres agences, le législateur s'est inspiré de l'article 263 TFUE, prescrivant un seul délai de deux mois. Néanmoins, les délais pour former des recours devant les chambres de recours de l'ECHA et du CRU sont respectivement de trois mois et six semaines. De plus, un délai très strict de deux mois est imposé aux commissions de recours (de l'ACER et des autorités financières) pour arrêter une décision. Pour le comité d'appel du CRU, ce délai est même réduit à un mois. Sauf dans les cas de l'OUEPI, de l'OCVV et de l'ECHA, les recours sont dénués d'effet suspensif par défaut. Néanmoins, les chambres de recours de l'ACER, des autorités financières et du CRU peuvent suspendre les actes contestés si elles l'estiment nécessaire, alors que pour les recours formés contre les actes de l'AESA c'est l'agence elle-même (et non pas la chambre de recours) qui décide sur la suspension.

que la décision contestée n'était pas fondée sur une des dispositions identifiées dans l'article 60 (1) du règlement ABE; voy. arrêt du 9 septembre 2015, *SV Capital c. ABE*, T-660/14, ECLI:EU:T:2015:608, point 72. Par contre, le fait que la décision contestée dans l'affaire *dm-drogerie markt GmbH & Co. KG c. OHIM* était dépourvue de tout fondement juridique n'empêchait pas la chambre de recours de l'OUEPI d'être saisie puisque la juridiction de la chambre de recours de l'OUEPI est définie *ratione personae* (cf. *infra*) incluant tous les actes adoptés par l'auteur de la décision en cause (la division d'opposition de l'OUEPI). Voy. arrêt du 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt GmbH & Co. KG c. OHIM*, T-36/09, ECLI:EU:T:2011:449, point 82.

(69) Le recours devant la chambre de l'OUEPI fait l'exception ici, vu que l'article 59 du règlement OUEPI stipule: «Toute partie à une procédure ayant conduit à une décision peut recourir contre cette décision pour autant que cette dernière n'a pas fait droit à ses prétentions. Les autres parties à ladite procédure sont de droit parties à la procédure de recours».

Afin qu'un recours soit recevable, des taxes de recours sont dues (70), sauf dans les cas de l'ACER, des autorités financières et du CRU. À l'exception des recours contre les décisions de l'OUEPI, la taxe est remboursée si le recours se révèle bien fondé. Pour les recours contre l'OUEPI, le requérant doit en plus démontrer une violation des formes substantielles afin de pouvoir être remboursé (71). Les parties ont toujours le droit de présenter oralement leurs observations, sauf dans le cas de l'OUEPI où la chambre recourt à la procédure orale soit d'office, soit sur requête d'une partie, à condition qu'elle le juge utile (72). Les chambres de recours arrêtent leurs décisions à la majorité simple. Pour ce qui concerne les décisions de la commission commune de recours, la majorité de quatre membres doit comprendre au minimum un des (deux) membres désignés par l'autorité dont l'acte est soumis au contrôle.

Sans doute la particularité la plus notable des chambres de recours est qu'elles peuvent exercer «tout pouvoir relevant de la compétence de l'agence» (73), ce qui implique aussi que le contrôle qu'elles exercent n'est pas limité à un contrôle de légalité. Les chambres peuvent ainsi réformer l'acte contesté ou se borner à l'annuler. Dans ce dernier cas, l'affaire est renvoyée à l'agence, qui est liée par la décision de la chambre. Seuls la commission commune de recours et le comité d'appel font exception à la règle générale que les chambres sont habilitées à réformer les actes contestés. Toutefois, le pouvoir de réformation illustre assez bien l'attractivité des chambres de recours. Celles-ci n'offrent pas seulement une procédure contradictoire, mais, à l'opposé d'un recours judiciaire, aussi une procédure

(70) Parfois les règlements font une distinction, pour ce qui concerne la taxe due, entre les petits et les grands opérateurs du marché. Voy. la partie III de l'annexe au règlement (UE) 319/2014 de la Commission du 27 mars 2014 relatif aux honoraires et redevances perçus par l'Agence européenne de la sécurité aérienne, *J.O.*, 2014, L 93/58; l'annexe VIII du règlement (CE) 340/2008 de la Commission du 16 avril 2008 relatif aux redevances et aux droits dus à l'Agence européenne des produits chimiques, *J.O.*, 2008, L 107/6. Cette dernière opère une distinction entre les redevances normales et celles dues par les petites ou moyennes entreprises (PME), ce qui soulève la question de savoir quand un requérant peut être considéré comme une PME. Cette dernière question est actuellement devant le tribunal dans une affaire impliquant l'ECHA. Voy. le recours introduit le 25 juillet 2013, *Leone La Ferla c. Commission et ECHA*, T-392/13.

(71) Voy. la règle 51 du règlement (CE) 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du règlement (CE) 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, *J.O.*, 1995, L 303/1.

(72) Voy. l'article 77 (1) du règlement OUEPI.

(73) Voy. l'article 64 (1) du règlement OUEPI; l'article 72 du règlement OCVV; l'article 49 du règlement AESA; l'article 93 (3) du règlement ECHA et l'article 19 (5) du règlement ACER.

flexible et rapide, permettant également d'aller au fond d'un problème complexe par le biais de la présence d'un membre technique et d'obtenir une réparation instantanée.

C. — LES LITIGES DANS LESQUELS SONT IMPLIQUÉES LES AGENCES

Le cadre de la présente contribution ne permet pas de rendre exhaustivement compte de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle des chambres de recours dans tous leurs aspects. Dès lors, seuls les éléments les plus remarquables seront relevés.

En particulier, il convient de mentionner une série d'affaires portées devant le Tribunal dans lesquelles étaient contestés des actes de l'ECHA identifiant certains produits chimiques comme «substances extrêmement préoccupantes» au sens du règlement REACH (74). Une telle identification, selon la procédure décrite à l'article 59 du règlement, a pour conséquence que le produit en question est inclus dans la «liste des substances candidates» pour inclusion dans l'annexe XIV du règlement.

Notons que, dans ces affaires, le Tribunal avait été saisi directement, sans passage par la chambre de recours de l'ECHA. En effet, la juridiction de cette dernière ne comprend pas les décisions de l'ECHA sur l'inclusion d'un produit dans la «liste des substances candidates» puisque l'article 91 du règlement REACH stipule : «Les décisions prises par l'Agence au titre des articles 9 et 20, de l'article 27, paragraphe 6, de l'article 30, paragraphes 2 et 3, ainsi que de l'article 51 peuvent faire l'objet de recours». Même si l'accès au prétoire était garanti par l'article 263 TFUE, ces affaires semblent démontrer une sorte d'anomalie étant donné que le potentiel du système des chambres de recours n'est pas valorisé pleinement si la juridiction *ratione materiae* des chambres est définie d'une manière (tellement) restrictive.

Ces affaires s'avèrent également intéressantes à propos des exceptions d'irrecevabilité soulevées par l'ECHA. Premièrement, l'agence faisait valoir que les actes contestés étaient des actes préparatoires et donc non susceptibles de recours. Le Tribunal a écarté cette objection en relevant que l'inclusion sur la «liste de substances candidates» déclenchait des «obligations d'information» prévues dans le règlement REACH et que, par cela, elle

(74) Arrêt du 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes e.a. c. ECHA*, T-93/10, ECLI:EU:T:2013:106 ; arrêt du 7 mars 2013, *Rütgers Germany e.a. c. ECHA*, T-94/10, ECLI:EU:T:2013:107 ; arrêt du 7 mars 2013, *Cindu Chemicals e.a. c. ECHA*, T-95/10, ECLI:EU:T:2013:108 ; arrêt du 7 mars 2013, *Rütgers Germany e.a. c. ECHA*, T-96/10, ECLI:EU:T:2013:109. Pour un commentaire, voy. D. SIMON, «Recours en annulation : acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution», *Europe*, 2013, mai, p. 15 (15).

produisait des effets juridiques. Quoique l'appréciation du Tribunal puisse être approuvée, elle reste difficile à concilier avec la jurisprudence antérieure. Dans l'affaire *Pfizer* par exemple, le requérant contestait la décision de la Commission d'initier la procédure pour harmoniser les décisions nationales divergentes par rapport à l'autorisation (dans ces États membres) d'un médicament (commercialisé par Pfizer). Alors que cette décision, elle aussi, déclenchait des obligations d'information vis-à-vis de l'AEM (et l'obligation de payer une redevance à l'agence), le Tribunal a toutefois estimé que ces obligations (d'information) étaient «une conséquence inhérente à la procédure consultative et nécessaire à son bon déroulement, qui n'[avaient] nullement pour effet de modifier de façon caractérisée la situation juridique des sociétés Pfizer» (75). Une obligation d'information peut apparemment différer d'une autre.

Deuxièmement, l'ECHA déniait aux actes contestés le caractère d'actes réglementaires au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Par cet argument, l'agence jouait avec l'idée que les agences décentralisées, parfois aussi qualifiées d'*agences de régulation* (76), n'étaient en effet jamais investies d'un pouvoir réglementaire, ce pouvoir étant réservé à la Commission (77). Ne résulte-il pas logiquement de cela qu'une agence décentralisée ne peut jamais adopter des actes *réglementaires* visés à l'article 263 TFUE ? Le Tribunal n'a pas repris ce raisonnement et, au contraire, a rappelé que la notion d'acte réglementaire avait été définie dans l'affaire *Microban* comme comprenant «tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs», définition à laquelle les actes contestés correspondaient (78).

Dans une de ces affaires, le Tribunal, appelé à contrôler la proportionnalité de l'acte contesté, reconnaît aussi «à l'ECHA *un large pouvoir d'appréciation* dans un domaine qui implique de sa part des *choix de nature politique, économique et sociale*, et dans lequel elle est appelée à effectuer

(75) Ordonnance du 2 juin 2004, *Pfizer c. Commission*, T-123/03, ECLI:EU:T:2004:167, point 30.

(76) Voy. Communication de la Commission, *L'encadrement des agences européennes de régulation*, COM (2002) 718 final, p. 3. Sur la définition difficile de la notion de régulation, voy. B. MORGAN et K. YEUNG, *An introduction to law and regulation: text and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 3-4 ; J.-L. AUTIN, «Le devenir des autorités administratives indépendantes», *R.F.D.A.*, 2010, 5, pp. 875-883 (877).

(77) Arrêt du 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes e.a. c. ECHA*, T-93/10, ECLI:EU:T:2013:106, point 54. Ceci montre de nouveau l'importance de l'affaire *vente à découvert*, car elle confirme la possibilité d'investir les agences de pouvoirs réglementaires.

(78) Arrêt du 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes e.a. c. ECHA*, T-93/10, ECLI:EU:T:2013:106, points 55-58.

des appréciations complexes» (79). Cette observation est difficilement conciliable avec la doctrine *Meroni* selon laquelle le législateur ne peut pas conférer aux agences une «liberté d'appréciation qui impliqu[e] un large pouvoir discrétionnaire» (80).

De plus, ensuite la chambre de recours de l'ECHA s'est aussi erronément appuyée sur cette jurisprudence : dans l'affaire *Dow Benelux*, la chambre de recours avait été appelée à contrôler une décision de l'ECHA adoptée en vertu de l'article 41 *iuncto* article 51 du règlement REACH. En ce qui concerne la norme de contrôle applicable, la chambre de recours relevait que «[the] Agency's discretionary powers have also been recognised by the Court of Justice of the European Union which has held that '[...] the Agency has a broad discretion in a sphere which entails political, economic and social choices on its part, and in which it is called upon to undertake complex assessments'» (81). Ce faisant, la chambre de recours niait non seulement la continuité fonctionnelle entre une agence et sa chambre de recours, mais aussi sa fonction spécifique et différente de celle du juge. Notons que, grâce à son membre technique, une chambre de recours dispose de la capacité d'examiner en profondeur les décisions complexes de nature technique ou scientifique et ceci à la différence du juge ordinaire. Là où le juge, de manière justifiée, se limite à examiner si l'autorité compétente n'a pas méconnu gravement et manifestement les limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation, une chambre de recours ne peut pas s'y limiter (82). Les décisions ultérieures de la chambre de recours de l'ECHA témoignent d'une meilleure appréhension des relations entre l'agence, la chambre de recours et la CJUE et de la relation entre le contrôle exercé par la chambre de recours et celui exercé par le juge (83). Dans l'affaire *Akzo Nobel Industrial Chemicals GmbH e.a.*, la chambre a relevé : «With

(79) Arrêt du 7 mars 2013, *Rütgers Germany e.a. c. ECHA*, T-94/10, ECLI:EU:T:2013:107, point 133 (nous soulignons).

(80) Arrêt du 22 janvier 2014, *RU c. Parlement européen et Conseil*, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, point 42.

(81) Decision of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency of 19 June 2013, A-001-2012, *Dow Benelux N. V.*, para. 110. Il est à noter que la décision de la chambre de recours est uniquement disponible en langue anglaise. Traduction libre : «[les] pouvoirs discrétionnaires de l'agence ont aussi été reconnus par la Cour de Justice de l'UE qui a jugé que l'ECHA [disposait d'] un large pouvoir d'appréciation dans un domaine qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et qui l'appellent à effectuer des appréciations complexes».

(82) Voy. aussi D. THOMAS, *op. cit.*, (620-622); M. NAVIN-JONES, *op. cit.*, (159-161).

(83) Voy. i.a. Decision of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency of 29 April 2013, A-005-2011 *Honeywell Belgium N. V.*, point 117.

regards to judicial review [...], the European Union Courts have highlighted that the Agency has a broad discretion in a sphere which entails political, economic and social choices on its part, and in which it is called upon to undertake complex assessments. [...] However, in relation to the ‘manifestly inappropriate’ criterion set by the European Union Courts when conducting a judicial review of the proportionality of a measure, the Board of Appeal underlines the *clear differences between itself and the European Union Courts*. [...] Thus, the Board of Appeal can inter alia replace a decision under appeal with a different decision. Moreover, in conducting its administrative review of Agency decisions, the Board of Appeal possesses *certain technical and scientific expertise which allows it to enter further into the technical assessment made by the Agency than would be possible by the European Union Courts*» (84).

Notons dans ce cadre que si la chambre de recours «peut exercer tout pouvoir relevant de l’Agence», cette compétence ne dispense pas le requérant de l’obligation de présenter une requête claire et précise. Cela veut dire qu’une chambre de recours ne réformera jamais une décision technique de sa propre initiative et que le requérant doit démontrer que l’agence a commis une erreur. Dans l’affaire *Heli-Flight* devant la chambre de recours de l’AESA, le requérant avait seulement fait valoir (à propos d’un élément de l’acte contesté) qu’il avait une opinion différente de celle de l’agence. La chambre a constaté ce qui suit : «Thus, in essence the Appellant calls upon the Board to decide which opinion is the better. The Board cannot see that the elements presented give it a basis for finding that the Agency is wrong. The view of the [EU] Agency is not invalidated because for instance the [US Aviation Authority] would have taken a different view, or because some other instance considers a certain number of flying hours sufficient

(84) Decision of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency of 23 September 2015, A-005-2014, *Akzo Nobel Industrial Chemicals GmbH e.a.*, points 53-54 (nous soulignons). Il est à noter que la décision de la chambre de recours est uniquement disponible en langue anglaise. Traduction libre : «En ce qui concerne le contrôle juridictionnel [...], les juridictions de l’Union européenne ont confirmé que l’agence jouit d’un très large pouvoir d’appréciation dans un domaine qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel elle est appelée à effectuer des appréciations complexes [...] Toutefois, en ce qui concerne le critère du caractère manifestement inapproprié employé par les juridictions de l’Union européenne dans leur contrôle de la proportionnalité d’une mesure, la chambre de recours souligne les *différences importantes entre elle-même et les juridictions de l’Union européenne*. [...] Ainsi, la chambre de recours peut réformer une décision contestée. De plus, dans son examen administratif, la chambre de recours dispose d’une expertise scientifique et technique qui lui permet d’examiner plus en profondeur, les évaluations techniques de l’agence.»

to overcome the concerns that it may have» (85). Cette décision a aussi donné lieu à l'affaire *Heli-Flight* devant le Tribunal. Dans cette affaire, le requérant avait formé un recours contre la décision initiale de l'agence au lieu de contester celle de la chambre de recours. Cependant, le Tribunal n'a pas rejeté le recours comme irrecevable, mais l'a requalifié comme étant dirigé contre la décision de la chambre de recours (86). Finalement, cette affaire soulevait aussi la question de la portée du contrôle exercé par le Tribunal. À juste titre, le Tribunal a affirmé que les décisions de la chambre de recours ne sont soumises qu'à un contrôle restreint, vu qu'elles impliquent, en règle générale, des appréciations techniques complexes (87). Même si le Tribunal n'est pas allé jusqu'à expliciter le contrôle (non restreint) de la chambre de recours sur les décisions de l'agence, il n'aura pas échappé au lecteur attentif de l'arrêt que le Tribunal évoquait seulement le contrôle qu'il opère lui-même «sur les décisions de l'AESA *telles que la décision de la chambre de recours*» (88). Une chambre de recours ne saurait donc invoquer la décision du Tribunal pour justifier son propre contrôle restreint (tout comme la chambre de recours de l'ECHA a invoqué la décision du Tribunal dans l'affaire *Rütgers* pour motiver son contrôle restreint dans l'affaire *Dow Benelux*).

D. — UNE RÉFORME DU RÉGIME CONTENTIEUX APPLICABLE AUX AGENCES S'AVÈRE-T-ELLE NÉCESSAIRE ?

Plusieurs éléments traités ci-dessus soulèvent la question de savoir si une réforme plus approfondie du régime contentieux ne s'impose pas (89). La discussion sur les agences décentralisées, entamée par le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne, offrait une telle opportunité,

(85) Decision of the EASA Board of Appeal of 17 December 2012, AP/01/2012, *Heli-Flight GmbH & Co. KG*, point 79. Dans le même sens, voy. Decision of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency of 27 October 2015, A-006-2014, *International Flavors & Fragrances B.V.*, point 123. Il est à noter que la décision de la chambre de recours est uniquement disponible en langue anglaise. Traduction libre : «Ainsi, le requérant, en substance, demande à la chambre de décider quelle opinion est la meilleure. Les éléments présentés à la chambre ne lui permettent pas de conclure que l'agence s'est trompée. L'évaluation par l'agence n'est pas invalidée parce que la [US Aviation Authority] aurait pris une autre décision ou parce qu'une autre autorité estime qu'un certain nombre d'heures de vol est suffisant pour surmonter ses réserves relatives à la sécurité».

(86) Arrêt du 11 décembre 2014, *Heli-Flight c. AESA*, T-102/13, ECLI:EU:T:2014:1064, point 31.

(87) *Ibid.*, points 88-89.

(88) *Ibid.*, point 88 (nous soulignons).

(89) P. Chirulli et L. De Lucia aussi proposent une réforme du système des chambres de recours, voy. P. CHIRULLI et L. DE LUCIA, *op. cit.*, (855-857).

mais les institutions de l'UE n'ont pas su la saisir. Comme on le sait, le projet d'accord interinstitutionnel pour l'encadrement des agences européennes de régulation, proposé par la Commission en 2005, n'a jamais été adopté et cette tentative de réforme a seulement abouti à l'Approche Commune sur les agences décentralisées de 2012, une déclaration d'engagement non contraignante. En effet, l'Approche Commune en général se distingue par son imprécision et par l'autorisation de nombreuses exceptions aux principes qu'elle prévoit (90).

Ainsi, l'Approche Commune ne s'étend pas sur les procédures devant les chambres de recours et se limite à souligner l'importance de garantir l'impartialité et l'indépendance des membres des chambres de recours. Cependant, l'aperçu ci-dessus révèle l'hétérogénéité irrationnelle qui caractérise le fonctionnement des chambres de recours. Dès lors, il semble opportun qu'un cadre horizontal pour les chambres de recours soit élaboré, harmonisant, autant qu'opportun, les règles procédurales et clarifiant la nature du contrôle exercé par les chambres de recours.

Un tel cadre pourrait aussi renforcer le rôle des chambres de recours. Il convient de noter, en effet, que celui-ci est aujourd'hui réduit à un contrôle de légalité des actes contraignants de nature technique. Seules les chambres de recours du CRU et des autorités financières ont aussi été habilitées à connaître des plaintes visant le refus (par l'agence) d'accès aux documents (91). Ne serait-il pas intéressant d'étendre ce pouvoir à toutes les chambres de recours et d'explorer l'utilité de les rendre compétentes pour tous les recours directs (non seulement en annulation, mais aussi en carence et en indemnité) introduits par des particuliers dans toutes les matières dans lesquelles les agences interviennent (à l'exclusion des recours introduits par les fonctionnaires des agences et les affaires qui font suite à des appels d'offre) (92)? On pourrait même envisager ici la justiciabilité des actes non contraignants adoptés par les agences (93).

(90) Pour une discussion de l'Approche Commune, voy. Fr. COMTE, «Agences décentralisées: vers un statut unifié? Approche commune du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne sur les agences décentralisées», in GOVAERE et HANF, *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law — Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve*, Peter Lang, vol. I, Bruxelles, 2013, pp. 143-156; E. BERNARD, «Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d'une souris», *R.D.U.E.*, 2012, 3, pp. 399-446.

(91) Voy. les articles 72 (3) des règlements AES et l'article 90 (3) du règlement CRU.

(92) Les affaires relatives aux appels d'offres et à la fonction publique seraient exclues de la juridiction des chambres de recours, puisqu'elles sont moins instruites en ces matières que le Tribunal.

(93) Voy. M. CHAMON, *op. cit.*, *European Journal of Risk Regulation*, (334).

Naturellement une telle réforme devrait se réaliser en toute conformité avec, et dans les limites fixées par, les traités (94). De ce point de vue, l'article 263 TFUE ne s'oppose pas à un contrôle par une chambre de recours des actes non contraignants puisqu'il exclut seulement que soient contestés devant le *juge européen* des actes dénués d'effets juridiques. De même le silence de l'article 340 TFUE en ce qui concerne les organes et organismes de l'UE fait qu'un recours en responsabilité extracontractuelle d'une agence pourrait être introduit devant une chambre de recours. Cependant, les autres possibilités sont moins évidentes. En ce qui concerne le recours en carence, il a été souligné que l'article 265 TFUE ne comprenait pas une disposition telle que l'article 263, cinquième alinéa, TFUE. Selon le secrétariat de la Convention sur l'avenir de l'Europe (*cf. supra*), cette disposition était seulement préférable (du point de vue de la sécurité juridique), mais pas tout à fait nécessaire pour confier un pouvoir de contrôle (en vertu du droit dérivé) aux chambres de recours. Néanmoins, il semble douteux qu'une disposition de droit dérivé puisse obliger les particuliers de passer d'abord devant une chambre de recours avant de pouvoir introduire un recours fondé sur l'article 265 TFUE, si ce dernier ne prévoit pas un tel détour. Il en va de même pour obliger les institutions et les États membres à former des recours (« en première instance ») devant les chambres de recours, puisque l'article 263, cinquième alinéa, TFUE envisage seulement « des conditions et modalités particulières » pour ce qui concerne « les recours formés par des personnes physiques ou morales ».

III. — Légitimation active des agences décentralisées

A. — LE SILENCE DES TRAITÉS

Jusqu'à ce point, le grand absent de cette contribution est la problématique de la légitimation active des agences. En effet, dans le cercle de discussion sur la Cour de justice (*cf. supra*), ce problème n'a même pas été soulevé, les membres se bornant à développer des solutions pour assurer que les actes des agences soient justiciables. Cela étant, une proposition suggérée pendant la Convention entendait donner la qualité pour ester en justice aux agences, même si cette éventualité n'aurait été qu'un effet involontaire de

(94) On pourrait aussi envisager la transformation des chambres de recours en tribunaux spécialisés prévus à l'article 257 TFUE. Toutefois l'intégration du Tribunal de la Fonction Publique au Tribunal, décidée par la récente réforme de la Cour de justice, montre que le système judiciaire de l'UE évolue plutôt dans un sens opposé.

la proposition. Ainsi la députée Kaufmann suggérerait une *simplification* du futur article 263 TFUE par le libellé suivant des alinéas 1 à 3 :

1. La Cour de justice contrôle la légalité des actes des institutions, organes ou agences de l'Union destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.
2. À cet effet, la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation de la Constitution ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil des ministres ou la Commission.
3. La Cour de justice est compétente, dans les mêmes conditions, pour se prononcer sur les recours formés par les autres institutions ainsi que par les organes ou agences de l'Union, qui tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci (95).

Même si la députée Kaufmann présentait sa proposition comme une pure simplification, il est clair que le troisième alinéa aurait promu les agences au rang de requérants semi-privilegiés, tout comme la Cour des comptes, le Comité des régions et la BCE aujourd'hui. Restent les questions de savoir quels recours pourraient être formés par les agences en vertu de ce troisième alinéa et si les agences, nonobstant le libellé de l'article 263 TFUE actuel, devraient être traitées comme, par exemple, le Comité des régions.

Si le Traité de Lisbonne a reconnu la légitimation passive des agences dans les articles 263 et 265 TFUE, il reste muet en ce qui concerne la possibilité pour les agences de former des recours en leur propre nom contre les décisions des institutions ou même des autres agences. Faute d'une disposition explicite, les agences décentralisées devront être traitées comme des personnes morales ou, autrement dit, comme des requérants non privilégiés. C'est donc à tort que S. Cazet conclut que « Le Conseil européen, la Banque centrale européenne, les organes et organismes de l'Union ont été rajoutés [aux requérants privilégiés de l'article 265 TFUE] à la faveur du Traité de Lisbonne » (96). En effet, l'article 265, premier alinéa, TFUE dispose que « Dans le cas où, en violation des traités, [les institutions] s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de l'Union peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne en vue de faire constater cette violation. Le présent article s'applique, dans les mêmes conditions, aux organes

(95) Secrétariat de la Convention européenne, *Suggestion for amendment of Article : III-266 by Ms. Dr. Sylvia-Yvonne Kaufmann*.

(96) S. CAZET, *op. cit.*, p. 124.

et organismes de l'Union *qui s'abstiennent de statuer*» (97). L'article 265 TFUE a donc étendu le champ d'application du recours en carence dans la mesure où les omissions des agences sont maintenant contestables, mais celles-ci ne se sont toujours pas vu accorder la qualité d'agir en tant que requérants (semi-)privilégiés.

Étant donné qu'actuellement les agences sont qualifiées de personnes morales pour les recours relevant des articles 263 et 265 TFUE, serait-il souhaitable que leur statut soit promu par la jurisprudence? Cette dernière comprend plusieurs précédents possibles et utiles. Rappelons que la jurisprudence *les Verts* a été invoquée par le Tribunal dans l'affaire *Sogelma* en faisant une analogie entre le Parlement (avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht) et les agences (avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) (98). Tout comme l'affaire *les Verts* constituait une confirmation de la légitimation passive du Parlement, son pendant, l'affaire *Tchernobyl* (99) consacrait la légitimation active du Parlement par suite d'une lecture *praeter* (ou *contra*?) *legem* du traité (100). Or, il est important de souligner que la décision de la Cour, dans son arrêt *Tchernobyl*, ne découlait pas logiquement de la jurisprudence créatrice *les Verts*. En effet, deux ans avant *Tchernobyl*, la Cour affirmait que : «La comparaison entre l'article 38 du traité CECA, auquel la Cour s'est spécifiquement référée dans son arrêt "les Verts", et l'article 33 du même traité démontre toutefois que dans le système des traités, lorsque les actes du Parlement européen ont été soumis à un contrôle de légalité, le Parlement européen n'a pas été habilité pour autant à prendre l'initiative d'un recours direct contre les actes des autres institutions. *L'argument tiré par le Parlement européen de ce qu'il devrait y avoir un parallélisme entre les qualités de défendeur et de requérant dans le contentieux de la légalité doit dès lors être écarté*» (101). En outre, les solutions employées par la Cour pour confirmer la légitimation (tant passive qu'active) du Parlement dans les affaires *les Verts* et *Tchernobyl* diffèrent aussi de manière fondamentale. Dans la première, la Cour se fonde

(97) Nous soulignons.

(98) Avec la différence importante que le Parlement dès le début était une institution des Communautés, et aujourd'hui de l'Union, tandis que les agences ne sont toujours pas prévues par le droit primaire.

(99) Arrêt du 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, 70/88, ECLI:EU:C:1990:217.

(100) Sur la question de savoir s'il s'agissait d'une interprétation *praeter* ou *contra legem*, voy. les conclusions jointes de l'avocat général Mengozzi dans les affaires *Gestoras Pro Amnistia e.a. c. Conseil* et *Segi e.a. c. Conseil*, C-354/04 P et C-355/04 P, ECLI:EU:C:2006:667, points 168-173.

(101) Arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement c. Conseil*, 302/87, ECLI:EU:C:1988:461, point 21.

sur le «système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions» (102), tandis que, dans l'affaire *Tchernobyl*, la Cour s'est appuyée sur l'équilibre institutionnel pour juger recevable un recours introduit par le Parlement (103). Or, l'avocat général Van Gerven avait proposé de poursuivre le raisonnement débuté avec *les Verts* reconnaissant au Parlement le pouvoir d'introduire des recours en annulation en vertu de l'impératif d'une protection juridique adéquate et cohérente (104).

La solution pour laquelle la Cour a opté dans *Tchernobyl* fait que cette jurisprudence n'est guère utile pour les agences : les recours introduits par le Parlement (jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Nice) et, aujourd'hui, par la Cour des comptes, la BCE et le Comité des Régions ne sont recevables que pour autant qu'ils tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci. Or, les agences décentralisées sont des organismes non prévus par les traités qui, par cela, ne disposent pas de prérogatives propres. Ce même problème touche également l'amendement de l'article 263 TFUE proposé par la députée Kaufmann. Même s'il est prévu dans les traités que les agences (en tant que requérants semi-privilegiés) peuvent saisir le juge de l'Union, cette possibilité ne donnera lieu à aucun recours recevable tant que les agences ne seront pas intégrées dans l'équilibre institutionnel de l'Union. Or, c'est précisément la problématique de l'équilibre institutionnel que la Cour a ignorée dans l'affaire *vente à découvert*. Le problème de l'attribution des pouvoirs aux agences aurait été abordé par cette affaire mais jusqu'à présent la question plus fondamentale de savoir comment les agences s'intègrent avec les institutions propres dans l'architecture institutionnelle de l'Union reste non entamée (105).

(102) Arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, point 23.

(103) Arrêt du 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, 70/88, ECLI:EU:C:1990:217, points 24-27.

(104) Conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Parlement c. Conseil*, 70/88, ECLI:EU:C:1989:604, points 6-7.

(105) Par contre, selon E. Bernard, la Cour a livré «avec l'arrêt C-270/12, une analyse pragmatique du juste équilibre à trouver entre les nouveaux besoins de la gouvernance économique et la nécessité de soumettre ces organes apolitiques et dépourvus de légitimité démocratique que sont les agences à un encadrement et à un contrôle stricts». Voy. E. BERNARD, «Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne?», ces *Cahiers*, 2014, pp. 637-659 (659). À cet égard, il faut souligner que la Cour elle-même n'a pas défini un (nouvel) équilibre englobant les agences et que le contrôle sur lequel E. Bernard insiste est limité à un contrôle juridique.

La réponse à cette dernière question devrait bien sûr permettre de conclure sur celle relative à la problématique de la légitimation active des agences. Si le choix est fait pour une administration européenne (unitaire) sous l'autorité de la Commission, le statut de requérant (semi-)privilegié ne devrait pas être octroyé aux agences.

B. — LE DROIT D'INTERVENTION DES AGENCES

Comme l'affirme le règlement de procédure de la Cour (et du Tribunal), l'intervention «ne confère pas les mêmes droits procéduraux que ceux conférés aux parties principales» (106). Néanmoins, la légitimation active restreinte des agences soulève la question de savoir si cette restriction peut être modérée par un droit à l'intervention renforcé. Or, l'article 40 du statut de la CJUE dispose que :

«Les États membres et les institutions de l'Union peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour de justice.

Le même droit appartient aux organes et organismes de l'Union et à toute autre personne, s'ils peuvent justifier d'un intérêt à la solution du litige soumis à la Cour. Les personnes physiques ou morales ne peuvent pas intervenir dans les affaires entre États membres, entre institutions de l'Union ou entre États membres, d'une part, et institutions de l'Union, d'autre part».

Il s'ensuit que les agences de l'Union, tout comme les particuliers, doivent démontrer un intérêt direct et actuel à la solution du litige. Ensuite, elles sont aussi empêchées, en vertu de l'article 23 du statut, d'intervenir dans une procédure préjudicielle, sauf bien sûr si l'agence est l'auteur de l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée. En même temps, même si elles peuvent être qualifiées de personnes morales, les agences (et les organes et organismes de l'UE) peuvent, en vertu de l'article 40 du statut, intervenir dans les litiges interinstitutionnels et interétatiques (107). Tout bien considéré, il est difficile de parler d'un droit privilégié à l'intervention pour les agences, comme l'illustre aussi l'ordonnance du président du Tribunal dans l'affaire *Rubinum*. Dans cette affaire, la société Rubinum, qui était propriétaire d'un additif zootechnique, avait demandé l'extension de l'autorisation pour l'utilisation de cet additif dans l'alimentation animale. Pour de telles autorisations, le règlement 1831/2003 prescrit une procédure

(106) Voy. l'article 129 du règlement de procédure de la Cour ; l'article 142 du règlement de procédure du Tribunal.

(107) L'article 40, paragraphe 2, seconde phrase du statut ne peut pas être interprété comme excluant l'intervention des agences dans les litiges interétatiques ou interinstitutionnelles. Sinon, le droit à l'intervention des organismes (de l'UE) dépourvus de personnalité juridique serait plus étendu que celui des agences décentralisées.

composée (*cf. supra*) en deux phases. En première instance, l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) est invitée à présenter un avis scientifique et après avoir reçu cet avis, la Commission prend la décision visant à accorder ou à refuser l'autorisation, moyennant une procédure de comitologie. En l'espèce, l'EFSA avait délivré un avis négatif contre lequel Rubinum avait ensuite formé un recours administratif devant la Commission en vertu de l'article 19 du règlement (108). Ce recours a été rejeté par la Commission tout comme la demande principale de Rubinum. En l'espèce, c'était cette dernière décision de la Commission, l'acte d'exécution refusant l'autorisation, qui était contestée.

Pour des raisons logiques, l'EFSA avait déposé une demande en intervention à l'appui des conclusions de la Commission. En effet, n'est-il pas légitime et même souhaitable que l'autorité scientifique responsable de l'avis sur lequel la Commission (dans une procédure composée) s'appuie largement pour accorder ou refuser des autorisations, puisse présenter ses propres arguments? En traitant de telles autorités comme de simples personnes morales ou physiques, on nie que les agences exercent une fonction publique et qu'elles agissent dans l'intérêt public (contrairement aux particuliers). Or, c'est bien ce que prescrit le statut; le président du Tribunal a traité par ordonnance la demande en intervention de l'EFSA concluant qu'elle n'avait pas «justifié son intérêt à la solution du litige, et [que], dès lors, il [convenait] de rejeter la demande en intervention» (109).

La décision du président dans l'affaire *Rubinum*, soulève-t-elle la nécessité d'une modification de l'article 40 du statut? La pratique judiciaire impliquant le contrôleur européen de la protection des données semble montrer le contraire. Notons qu'en vertu du statut, le contrôleur est traité aussi (dé)favorablement que les agences, les deux appartenant aux organes et organismes de l'UE. Or, l'article 47 du règlement 45/2001 stipule que le contrôleur peut «intervenir dans les affaires portées devant la Cour de justice des Communautés européennes». Par cette disposition, le législateur peut-il modifier ou compléter le libellé de l'article 40 du statut? D'un point de vue dogmatique, cette question doit recevoir une réponse négative et c'est aussi ce que le Conseil et la Commission suggéraient lorsque le contrôleur avait invoqué dans des litiges interinstitutionnels (*Parlement c. Conseil* et *Parlement c. Commission*), la disposition dans sa requête d'intervention. Selon le Conseil et la Commission, cette disposition, relevant du droit dérivé, «ne

(108) Voy. *supra*, note 7.

(109) Ordonnance du 16 octobre 2013, *Rubinum c. Commission*, T-201/13, ECLI: EU:T:2013:562, point 13.

saurait déroger à l'article 40 du statut de la Cour de justice, lequel statut a valeur de droit primaire au même titre que le traité CE lui-même» (110). Toutefois, la Cour a jugé que la «mission consultative [du contrôleur] ne vis[ait] pas uniquement les traitements de données à caractère personnel effectués par [l]es institutions ou organes», que «[à] ces fins, le contrôleur exer[çait] les compétences qui lui [étaient] conférées à l'article 47 du [règlement 45/2001]» et qu'«[il ressortait] de tout ce qui précède que la demande d'intervention du contrôleur [devait] être accueillie» (111). Ultérieurement, le Président a aussi accueilli une demande d'intervention du contrôleur dans une procédure en manquement au titre de l'article 258 TFUE (112). Le Président a toutefois rejeté une demande d'intervention présentée par le contrôleur dans une procédure préjudicielle (113). Quoique le rejet fût tout à fait logique vu le libellé de l'article 23 du statut, il est difficilement compatible avec les décisions sur l'intervention du contrôleur dans les recours directs. Il convient de noter, à cet égard, que tant les recours directs que les recours préjudiciels peuvent viser des situations relevant de la mission du contrôleur (114).

Cette petite incursion dans la problématique du droit à l'intervention du contrôleur européen de la protection des données, montre que, nonobstant la hiérarchie des normes, une modification du statut de la CJUE par le droit dérivé semble permise. Ainsi, il est imaginable que les agences se voient conférer, par le biais du droit dérivé, un droit à l'intervention aussi bien dans les affaires directes que préjudicielles, à condition que les questions soulevées par ces affaires relèvent de leurs missions. Un tel développement

(110) Ordonnance du 17 mars 2005, *Parlement c. Conseil*, C-317/04, ECLI:EU:C:2005:189, point 11; ordonnance du 17 mars 2005, *Parlement c. Commission*, C-318/04, ECLI:EU:C:2005:190, point 11.

(111) *Ibid.*, points 18-19.

(112) Ordonnance du 14 octobre 2008, *Commission c. Allemagne*, C-518/07, ECLI:EU:C:2008:563, point 13. Néanmoins, il faut noter qu'il n'est pas tout à fait clair sur quel fondement juridique la demande a été accueillie. Ce qui était en cause dans cette affaire, c'était la définition du concept «toute indépendance» inscrit dans la directive 95/46 applicable aux autorités nationales de protection de données personnelles, concept qui figure aussi dans le règlement 45/2001. Le Président a indiqué (voy. point 18) que «[d]ans ces conditions, la définition du concept juridique de "toute indépendance" retenue dans l'arrêt à intervenir dans la présente affaire [pouvait] revêtir une importance fondamentale pour le statut du Contrôleur» pour accepter la demande du contrôleur.

(113) Ordonnance du 12 septembre 2007, *Tietosuojaalvautettu*, C-73/07, ECLI:EU:C:2007:507.

(114) Ordonnance du 17 mars 2005, *Parlement c. Conseil*, C-317/04, ECLI:EU:C:2005:189, point 17; ordonnance du 17 mars 2005, *Parlement c. Commission*, C-318/04, ECLI:EU:C:2005:190, point 17.

apparaît souhaitable même si le rôle des agences, plus globalement, est limité à celui d'organismes subsidiaires.

IV. — Conclusion

La présente contribution a tenté d'esquisser les axes majeurs de la particularité du régime contentieux applicable aux agences décentralisées à la lumière du régime de droit commun. Si le Traité de Lisbonne a comblé les lacunes les plus urgentes, il n'a pas pour autant introduit un régime complètement équilibré et adapté à la pratique institutionnelle. L'absence d'un cadre horizontal applicable aux agences décentralisées s'est aussi avérée désastreuse pour la rationalité et l'uniformité de la pratique législative de la Commission, du Parlement et du Conseil. Aussi cette problématique montre de nouveau que l'Approche Commune de 2012 a été une opportunité largement manquée car elle ne consacre guère d'attention au problème du fonctionnement des chambres des recours et du droit procédural en général.

Même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'aperçu du régime contentieux reste disparate. Or, la décision de la Cour dans l'affaire *vente à découvert*, sanctionnant de significatives attributions de pouvoirs à l'AEMF, fait soupçonner que diverses questions de droit procédural se poseront à l'avenir. Ces questions ne trouveront leurs réponses définitives que si la question plus fondamentale de savoir où les agences devraient être situées dans l'architecture institutionnelle de l'UE est résolue. Cependant, dans l'intervalle, on pourrait espérer une harmonisation des règles procédurales devant les chambres de recours et une clarification du rôle des chambres, par rapport à ceux des services des agences et du juge de l'Union. De même, on pourrait examiner la possibilité d'élargir les responsabilités des chambres de recours en restant, bien sûr, dans les limites fixées par les traités. En revanche, il ne semble pas (encore) opportun de conférer aux agences le pouvoir de former des recours comme requérants (semi-) privilégiés. En contrepartie, un renforcement du droit à intervenir devant le juge, à l'instar du statut du contrôleur européen de la protection des données, devrait être envisagé afin de permettre aux agences de réaliser pleinement leurs missions.